



Title	公人と名誉棄損（二・完）：「現実的悪意の法理」導入の可能性
Author(s)	山田， 隆司
Citation	阪大法学. 2008, 57(5), p. 81-110
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55373">https://doi.org/10.18910/55373</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 公人と名誉毀損（二・完）

——「現実的悪意の法理」導入の可能性——

山田隆司

- 一 問題の所在
- 二 相当性理論
- 三 相当性理論から現実的悪意の法理へ
  - 1 証明責任の転換（以上、五七卷四号）
  - 2 現実的悪意の法理導入の可能性
- 四 公人とマス・メディア
  - 1 公人の名誉権
  - 2 公人類型の再構成
  - 3 現実的悪意の法理の適用範囲
- 五 おわりに（以上、本号）

## 三 相当性理論から現実的悪意の法理へ

## 2 現実的悪意の法理導入の可能性

## (1) 表現の自由に配慮した定義づけ衡量

そもそも、日本において名誉毀損法理を議論する際、憲法の存在をきちんと意識してきたと言えるだろうか。この点、これまでの民事名誉毀損をめぐる議論は、刑法二三〇条の二を横滑りさせて当てはめてきただけであり、表現者に立証責任が常にかかる仕組で捉えられてきた点に注意すべきであるという指摘がある<sup>(87)</sup>。この見解は、判例の枠組に、例えば現実的悪意の法理を組み込んで立証責任を原告に転換させることは、民事法の解釈論としては成り立ちうるから、今までの構図を根本的に転換する手がかりとして同法理の採用を憲法的観点から検討できないかと提案する。そこで、表現の自由に対する規制が許されるとして、その限度は何かという判定枠組にまで立ち返って考察すると、名誉毀損的表現の規制の合憲性は学説上、「定義づけ衡量 (definitional balancing)」<sup>(88)</sup>によって判断するのが妥当であろうと解されている<sup>(89)</sup>。表現の自由に萎縮効果が及ぶことを避けるため、表現が制約される要件を精密に画定するこの手法は、名誉毀損的表現にできるかぎり憲法の保障を及ぼすものと評価されている<sup>(90)</sup>。

表現の自由に配慮した定義づけ衡量という観点から判例を振り返ると、最高裁は、意識的か否かは定かでないが、戦後の比較的早い時期から、その趣旨を用いていたと考えることができる<sup>(91)</sup>。例えば、新聞記者の取材行為の可罰性が問題となった一九七八年の外務省秘密電文漏洩事件で最高裁は、公務員の守秘義務を保護する利益との対比において「そのかし」を原審が示したように二つの類型に分け、一方は保護されるが他方は保護されないという判断を示しており<sup>(92)</sup>、明示的ではないものの、その判断を分析すると定義づけ衡量を採用していると見ることができ<sup>(93)</sup>る。

また、一九五四年の新潟県公安条例事件<sup>(94)</sup>、一九五七年のチャタレー事件<sup>(95)</sup>などの判決は、実質的には規制できる表現行為を規制できない表現行為かについて、それぞれの限界を行為類型ごとに憲法的価値の観点からの衡量によって画定する努力をなしたものである<sup>(96)</sup>。さらに、一九八〇年の『四畳半襖の下張』事件<sup>(97)</sup>では、猥褻性の判断基準を明確化しようとした定義づけ衡量の具体例と見ることができ、原審判決<sup>(98)</sup>のいう基準を、かなり採り入れて判断した、と解されている<sup>(99)</sup>。

元来、相当性理論の前提となる刑法二三〇条の二自体が、名誉権と表現の自由を典型的に衡量して、その調整を企図し、定義づけ衡量の考え方を法文に具体化しようという姿勢を示したものであり、相当性理論を導入した『タ利和歌山時事』判決<sup>(100)</sup>は定義づけ衡量を明確にしたと解されている<sup>(101)</sup>。現実的悪意の法理は、表現の自由に配慮した定義づけ衡量を、より一層明確化した言論保護の基準である<sup>(102)</sup>。この法理及び前述した最高裁判例は、定義づけ衡量の趣旨を採り入れたと理解される点で、根底において共通するものがあると言えよう。

## （２）現実的悪意の法理導入枠組の検討

(a) 喜田村説 では、定義づけ衡量をより明確にするために、現実的悪意の法理を日本にも導入することではきないだろうか。この点、喜田村洋一弁護士の見解が注目される<sup>(103)</sup>。喜田村説は、公人／私人というアメリカの二分法とは対照的に、日本では原告の属性を考慮せず、あらゆる名誉毀損事件が同一に扱われているから、公人より名誉権保護が優先されるべき私人が名誉毀損の被害者であると裁判所に強く意識されずに不利益を受けるなど、「私人を犠牲にして、公人を保護する」ことになっていると分析し、真実性・相当性の立証責任をメディアに負わすのは「報道を犠牲にして公人を不当に保護することになる」と批判する。この見解は、まず公共性を検討し、公的議論に参与している公人に対する批判的報道は自由になされるべきであるから、「全面的公的人物（general public

figure)」又は「限定的公的人物 (limited public figure)<sup>(10)</sup>」が原告になる名誉毀損訴訟では、現実的悪意の法理において公人原告が現実的悪意の証明責任を負うのと同様に、公益性及び真実性・相当性の立証責任を公人原告に転換するべきである、と提案する。さらに、この見解は、原告が公人であるかどうかで名誉毀損訴訟を類型化すれば、それに応じて証明の範囲や証明責任を調整することで裁判の結論が予測しやすくなり、裁判前の交渉による解決を促進し、公人側も民事訴訟法の当事者照会制度を活用して証拠開示を求めることでメディアに対抗しうる、と説く。

このように、公人の名誉毀損訴訟において現実的悪意の法理を参照し、公益性及び真実性・相当性の立証責任を原告に転換するという提案は、表現の自由を保障する観点から一定の評価ができる。公共性の要件において公人か否かを判断し、原告の類型によって裁判の勝敗を予測しやすくすることは萎縮効果を防ぐことにつながるからである。しかしながら、この立証責任の転換を図るアプローチは、概念の不明確な相当性理論の枠組から抜け出していないと指摘しうる。たとえ証明責任の所在を変えたとしても、訴訟において原告に要求される証明の程度を裁判官が事実上低くすれば、被告に「相当の理由」がないことの証明が容易になり、結局、メディアの免責範囲が広がらないことになりかねない。<sup>(105)</sup> 相当性理論の問題点を漸進的に修正しようとする試みは傾聴に値するが、その枠組を変更することなく、予測がつきにくいという根本的な問題点を克服できるかについて疑問を拭い切れないのである。

(b) 「強い公共性」の視座      そこで、判例の名誉毀損法理を分析すると、やはり、問題となる事項が強く保護されるべき程度の公共性を有する事項か、それほど強く保護されるべきとはいえない程度の公共性を有する事項なのか、を明確に区別し、「強い公共性」を有する事項に関する表現を特に強く保護するという「視座」が意識されていなかったように思われる。この点、アメリカの判例においては、公的事項に関する表現の自由を特に保障する視座が繰り返し示されている。例えば、前述の Times 判決では、公的事項に関する表現の自由は憲法修正第一条によっ

て保障され、自由な政治的討論の機会を維持するという大原則を示すだけでなく、メディアが公的人物の功罪や行動を報道する自由を行使してきたように、公職者の職務行為について自由に公的議論する権利はアメリカの基本原則であり、政府や公職者に対する批判を保護することは修正第一条の中核的意味であって、政府批判が表現の自由の核心部分であると宣言し、強い公共性を有する政治的な表現を特に手厚く保障する姿勢を明確にしている<sup>(10)</sup>。

これに対し、日本の判例法理は時折、「公共的事項に関する表現の自由」と強調しながらも、Times 判決のように公的事項に関する議論に焦点を当てて深く考察することはせず、「公共の利害に関する事実」に当たるか否かを検討することに終始していたように思われる<sup>(10)</sup>。確かに最高裁は、公共性の要件について「摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断される」と明らかにするとともに、政党間の批判・論評は公共性の極めて強い事項に当たると判示<sup>(10)</sup>したり、国会議員及びその候補者については、その適否の判断にはほとんど全人格的な判断を必要とすると判示<sup>(11)</sup>している。しかしながら、「公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法二一条一項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含む<sup>(11)</sup>」と高らかに謳いながらも、公職者、特に政治家に対する名誉毀損について報道の自由を広く認めるのが裁判例である<sup>(12)</sup>とは言いがたく、事実の公共性が強いかどうかという「公共性の程度」には余り関心を払わないまま、結局、名誉権と表現の自由の調整は相当性理論に止めていたのである。

本来、表現の自由は、民主政過程を支えるものであることと言うまでもない。民主政において「公的事項」に関する議論が自由かつ活発になされるために、公的事項に関する議論をそれ以外の議論と意識的に区別した上で、さらに問題の公的事項が強く保護されるべき程度の公共性を有するか否かについて検討し、強い公共性を有する事項は、憲法によってより手厚く保障すべきではなからうか。ここで強い公共性とは、例えば政治家の不正行為が典型

であるが、佐藤教授が「統治過程に直接かわる事柄」と述べたように、政府の政策決定過程に関わる公職者の行為など、民主主義国家の主権者たる国民が強い関心をもってしかるべき事項についての公共性をいうと考える<sup>(11)</sup>。

こうした強い公共性という観点からすると、問題となる事項の公共性の程度を明確な形では意識しない相当性理論は、公的事項に関する表現の自由に対する意識が希薄だった面があるといわざるを得ないであろう。公人の職務行為に関する事項は、前述したように強い公共性を有するものであり、喜田村説が主張するように、公人に対する批判的報道は自由になされるべきであるとすれば、公人の名誉を保護する程度は弱くなり、その分だけ表現の自由の要請が大きくなるはずである。メディアの批判にさらされ国民の監視を受けることが公人の社会的責任とも言え、公人は名誉毀損訴訟で立証責任の負担を甘受すべき積極的理由を有すると解される。公人には、私人とは違って、メディアを通じた一定の反論能力があり、自力救済の可能性は大きい。まさに強い公共性を有する公人について、その名誉権を相当性理論によって、私人とほぼ同様に手厚く保護する必要はないと言えよう。そこで、少なくとも公人に関する言論には、問題のある相当性理論よりも言論保護的な現実的悪意の法理を適用すべきであると考ええる。

(c) 日本の判例法理への組み入れ方      それでは、現実的悪意の法理は、どのような形で日本の判例法理に組み入れたらよいのだろうか。

判例の名誉毀損免責法理を見ると、事実の公共性の要件は、「摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべきもの」とし、目的の公益性の要件については、「摘示する際の表現方法や事実調査の程度などは、……公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがら」としている<sup>(12)</sup>。この『月刊ペン』事件最高裁判決は、学説上、公共性の要件としばしば「連動」していると考えられている公益性の要件を判断するに当たり、摘示方法と並んで「事実調査の程度」を重視している点が注目される。ただし、免責三要件のうち公益性の要件は、余り着

目されてこなかったと見られている。<sup>(117)</sup>近時の美容整形論争事件東京地裁判決は、この「公益を図る目的」の内容を正面から取り上げ、発言の動機等の主観的関係のみならず、表現方法の相当性や根拠となる裏付資料の有無等の客観的関係をも併せて検討することを明示した上で、客観的関係がないことを理由に公益目的性を否定した。<sup>(118)</sup>これは、「事実調査の程度」を検討する客観的な要素として「根拠となる裏付資料の有無」を明らかにしたと言える。その後、公益目的の判断基準として、客観的関係を独立して検討する裁判例が続く傾向にある。<sup>(119)</sup>このように、公益性の有無を判断する際には、メディアが根拠となる裏付資料を得るなど、正確な事実を追究する取材をどれだけしたか、が焦点の一つとなる。メディアが正確な事実を追究せず、真偽について御座なりの取材に終始したならば、真実の伝達というメディアの「使命」を忘れたと言わざるを得ず、まさに公益目的の存在が問われることになる。

思うに、現実的悪意の法理の趣旨は、報道内容が虚偽と知っていて、あるいは虚偽か否かを無謀にも無視してなされた、例外的な場合を除く表現が保護される点にある。こうした虚偽についての「故意又は重過失」ともいうべき現実的悪意は、まさに裏付資料を得るなど正確な事実を追究しないメディアの姿勢を示すものであり、目的の公益性を否定する大きなファクターになりうる。<sup>(120)</sup>確かに、現実的悪意が認められる場合、論理必然として公益目的が否定される訳ではなく、公益を図るためでも虚偽か否かを無視して報道することは可能性としては考えられる。しかしながら、メディアが公益を図る目的があると強弁しても、報道内容について間違いであると分かっている、あるいは間違いかどうか確認しようともせず報じた場合には、もはや表現の自由を主張する資格を欠き、目的の公益性の要件は充たさないとみなすことができよう。したがって、極めて稀に公益目的と現実的悪意の並存する可能性があるとしても、表現の自由保障の観点から、現実的悪意がある場合には公益目的を否定することができる、と解される。公益目的は名誉毀損を免責させるプラスの要件であり、現実的悪意は免責させないマイナスの要件であるが、



名誉毀損の判例法理をより明確にして予測可能性を高めるために、強い公共性を有する事項に関する表現については、この二つの要件を入れ替えうると思われる。

そこで、目的の公益性について「その要件が明確な基準性をもたないものであるだけに、表現の自由の保障に対する歯止めとはならない」とする最高裁判官意見もあることから、こうした「不確定な要件」である公益性の要件に代えて、強い公共性を有する公人に関する言論には現実的悪意を要件とし、後述する公人類型を再構成して一部の公人に事実の公共性の要件が認定され、原告の公人がメディアの現実的悪意を立証できなかった場合、真実性・相当性の要件は審理することなく被告が勝訴するという相当性理論よりも明確な定義づけ衡量の枠組を提案したい。事実の公共性は、裁判所が客観的な立場から原告の公共性の根拠を検討して公人か否かを判断し、現実的悪意は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の原則通りに、原告の公人側が立証責任を負担すべきである。

現在の判例枠組を前提にしても、「公人」については公共性があるとされる根拠を個別に検討し、この根拠に関わる限りにおいてのみ名誉の保護範囲が狭くなると考えられている。<sup>(13)</sup> 公人に関する名誉毀損という一定の表現類型については、相当性理論よりも明確な定義づけ衡量として、現実的悪意がある場合だけ規制することが許されると解すれば、現実的悪意を基礎としない名誉毀損の表現は、憲法的に保護することが可能になる。以上のように、公人の名誉の保護範囲が狭くなる、表現の自由に配慮した定義づけ衡量という点からみても、現実的悪意の法理の趣旨を日本に導入することは、相当性理論を確立している最高裁の判例法理の趣旨にも適ったものと言えよう。

### (3) 批判及び反論

このように解すると、事実上、書き放題となり、「言論の暴力」を野放し状態にするという批判がありうる。しかしながら、表現の自由は、民主主義の根底をなすものとして憲法上優越的保障が与えられており、むしろ過保護

(over protection)にすることが要求されているとも言える<sup>(136)</sup>。表現の自由は民主政過程に不可欠の権利であるが故に、本来保護に値する表現だけを保護していたのでは、限界線上の事例では危ない橋を渡るより沈黙を選ぶ恐れがあり、本来保護に値する表現さえなくなってしまうから、本当に価値のある表現を保護するためには「緩衝地帯」を設けて、本来なら保護に値しないかもしれない表現をも一定程度保護しなければならないと思われる<sup>(137)</sup>。

現実的悪意の法理に対しては、前述の通り、その内容が不明確であると指摘されることがあるが、他の判例法理でなされているのと同様に、「現実的悪意」とは何かを明確にして、判例を積み重ねていくことで解決を図ることができる<sup>(138)</sup>。また、現実的悪意の法理は、表現者の「主観」を重視しすぎるといふ批判もありうるが、前に述べたように、裏付資料を得るなど正確な事実を追究する姿勢があったかどうかは、取材過程など「客観」的な面から判断することができよう。さらに、「実定法上の根拠を欠く」といふ批判には、刑法や民法など法律レベルでは明文規定を欠くが、憲法<sup>(139)</sup>二一条こそが「実定法上の根拠」だと反論しうる<sup>(140)</sup>。相当性理論を導入した『夕刊和歌山時事』事件最高裁判決自体、法文上は真実証明が要求されているのに「相当の理由」で足りるとしており、法律に明文規定がない場合でも憲法の趣旨から、判例によって新たな法理を導入することは十分可能であると思われる<sup>(141)</sup>。

日本のマス・メディアの現状について、山川洋一郎弁護士は、「公務員や政治権力者の非行などを調査報道で書いて、名誉棄損<sup>マム</sup>で厳しく争ったというような事件がない<sup>(142)</sup>」と評する。日本新聞協会の新聞法制研究会も、「わが国のジャーナリズムは政治家の私行の報道に自制的であるが、その体質については反省と再検討の余地がある<sup>(143)</sup>」とす。また、裁判所は捜査当局の発表に依拠した報道では比較的容易に免責するのに対し、公人批判の報道は公式捜査開始前の疑惑段階でなされることが多いため、取材源秘匿の原則からメディア側が真実性・相当性の立証に行き詰まることが少なくなく、「私人より厳しい批判にさらされなければならない公人ほど批判を免れやすい逆転現象

が生じている」という指摘もある。<sup>(132)</sup>メディアに萎縮効果が及ぶことを避け、民主政に不可欠な表現の自由を実効的に息づかせるため、現実的悪意の法理の導入が求められると言えよう。この法理を採るとすれば、実際にはより明確に類型的検討ができるから、あてはめが細くなり、対象はどういう立場の「公人」なのか、メディアの「意図」はどのようなものであったのか、メディアはどの程度の取材過程をふまえ「真実性」をいわば手続き的に担保すべきであったのか、など事案ごとの特徴を衡量に取り込むことが可能となるように思われる。

現実的悪意の立証責任を原告側に負担させると、原告はアメリカと同様、被告の執筆・編集当時の心理状態に関する質問や、特別の証拠開示手続による執筆・編集過程の開示を要求することができるようになる。報道機関側のメモ類に対し、裁判所からしばしば証拠提出命令（もちろんコピーの黒塗りなど取材源を秘匿する措置<sup>(133)</sup>が講じられることが前提である）が出ることはやむをえないだろう。現行制度でも、真実性・相当性の立証責任はメディアにあるため、それらの調査、裁判での主張や弁解は避けられない。むしろ、そうした「弊害」に目を向けるよりも、立証責任の転換を図ったうえで、取材対象の一方の言い分のみを鵜呑みにしていないか、証言だけでなく「物証」に相当する外形的事実の収集に努めたかなど、取材・編集過程における時間的制限の枠の中で十分かつ適切な取材をしたかどうか、すなわち「手続きの適正」を問うほうが、より表現の自由保障につながると言える。

このようにして「手続きの適正」が認められた場合、名誉毀損の結果責任を負わないという、表現の自由を手厚く保障する方策を検討すべき時期が来ているのではないかと思われる。結果責任を問うことよりも「過程・手続き統制」が重要であるという立場からは、こうした取材・編集段階におけるプロセスを重視することによって、正当と言いうる取材に裏打ちされた「手続きの適正」さえ踏まえていれば名誉毀損責任を問われないという、いわば「プロセス的名誉毀損法理」が求められる。もちろん、「手続きの適正」の認定には、時間的制限がある中で十分か

つ適切な取材が必要である。例えば、関係者が否定しているのに本人への直接取材を怠ったり、まず結論ありきで裏付も取らず大半の取材を終え、締め切り間際に形だけ本人のコメントを取るといった手法では、「手続きの適正」を認められないであろう。メディアは立証責任の転換が図られる代わりに、「自己規律」を強化するとともに、国民の知る権利に奉仕するため「公人」に対するチェックを強めていくべきなのである。次章では、公人に対するマス・メディアによる名誉毀損に焦点を絞り、より実効的な名誉権と表現の自由との調整を考察する。

#### 四 公人とマス・メディア

##### 1 公人の名誉権

###### （１）議論する意義

マス・メディアが人の名誉権を集中的に侵害したり犯罪報道を過熱させたりすると、メディアを警戒する論調が高まる。「メディアと人権」のように対立した形で論じられることが多いが、これは本来、対立した枠組ではなく、一見相反する要請を調和させる意味にとらえるべきである。<sup>(135)</sup>報道における人権問題は、報道か人権かという表面的な二項対立式の議論ではなく、個々の場面ごとに柔軟かつ本質的な調整をとることを考える必要がある。<sup>(136)</sup>そこで、メディアと言論対象の関係を考える際、「公人」の名誉権保護については、国民の知る権利を保障するため、私人とは違う特別な考慮が必要ではないかと思われる。個人の名誉権保護と表現の自由保障との調整に当たり、言論対象の人物が社会で占める地位を考慮し、「公人」の名誉権を私人よりも特に制約することができるだろうか。

最高裁は、「名誉を毀損することは言論の自由の乱用」とし、「憲法の保障する言論の自由の範囲内に属すると認めることはできない」と判示している。<sup>(137)</sup>しかしながら、真実を報道する過程において、結果として人の名誉を毀損

することは、果たして「言論の自由の乱用」と言えるか疑問である。確かに、名誉毀損を「負」の側面から見ると、表現対象者の社会的評価は低下せざるをえないとは言え、表現の受け手である国民には、社会や政府の問題について関心・理解を深める有益な情報であるという「正」の側面も否定しがたく、一刀両断に「言論の自由の乱用」と言い切ることを首肯することはできない。

そもそも、真実を報じても、人の社会的評価を低下させた場合、まず名誉毀損がいわば「推定」され、公的事項に関して真実性あるいは相当性を立証して「免責」を得るという枠組自体に問題があると考えられる。不法行為責任を負うのが「原則」であり、真実性あるいは相当性が立証できれば「例外」として責任を負わないという構造が本末転倒していると思われる。刑法二三〇条の構成要件の「事実の有無にかかわらず」という部分に問題があり、合理的根拠・資料に基づく表現行為は憲法上保障された表現行為であるという憲法論の観点からは、そのような表現行為も違法であることを前提とする構成に対して疑問が呈されている。<sup>(138)</sup> 正当な言論は表現の自由に含まれるから、公的問題に関する討論・意思決定に必要・有益な情報の流通を確保するのに必要な限り、名誉を侵害する事実摘示は、違法とされてはならないはずである。<sup>(139)</sup> 公的議論は、立脚する事実の主要部分が真実か、真実性を推測させるに足る程度の相当な合理的根拠・資料に基づいたものである限り、結果として被論評者の社会的評価が低下することがあっても、表現の自由として憲法によって保障されると解されている。<sup>(140)</sup> 人の名誉を毀損しても、具体的状況において事実の公共性及び目的の公益性を有するなど不当に権利侵害したといえない場合、「言論の自由の乱用」ではなく、「言論の自由の範囲内」と言えよう。<sup>(141)</sup> むしろ、表現対象者が隠しておきたい情報を広く社会に伝えることはマス・メディアの役割であり、「正当業務行為」と言いうるようにすら思われるのである。<sup>(142)</sup>

「名誉」とは、外部的名誉、すなわち人に対する社会一般の評価を意味すると解されている。<sup>(143)</sup> 最高裁は、『北方

ジャーナル」事件判決<sup>(14)</sup>で「人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）」と述べ、名誉が人の人格価値の根幹に関わるものとして憲法一三条によって保障される趣旨を明らかにした。しかしながら、名誉権の保護といっても、全ての人が等しく扱われるべきであるとは言えない。名誉とは人に対する社会一般の評価をいうのであるから、それを侵害された人の社会的役割や属性、地位などによって保護の程度が変わりうる。また、ある人の社会的評価は、本人にとって人格的価値や財産的価値があるだけでなく、社会の利害をも構成しているという名誉権の権利の性格から見ても、公共的なものに関わる人物の名誉権は、保護の度合いが弱まると考えられる<sup>(15)</sup>。言論対象の地位が公的であればあるほど、名誉保護の要請よりも表現の自由保障の要請が優越すると言えるのである<sup>(16)</sup>。

この点、言説の対象者が「公人」か否かという問題提起について、日本では少なくとも法的には余り実益のある議論ではないという見解がある<sup>(17)</sup>。日本の判例法理は、言説対象者に焦点を当てた議論はせず、摘示事実が「公共の利害に関する事実」に当たるか否かという言説内容に焦点を当てた規範になっているからである、という。確かに、「公人か私人か」の区別は、その人の家族的身分や社会的地位から「一義的・静的」に決まるものではなく、問題とされている事項の内容や当該事項に対する本人の関与の態様や程度によって変わらざるを得ないという面もある。しかしながら、アメリカで展開されてきた公人に関する議論は、身分や地位のみから「抽象的な概念区別」をすることに狙いがあるのではなく、表現の対象者が公的論争に対してどの程度、自発的に関与したかという点にスポットを当て、公人に関する表現の自由を手厚く保障することに狙いがあった。公人に関する議論は、摘示事実が「公共の利害に関する事実」に当たるか否かを検討する際、表現客体の属性が重要な判断材料の一つであるという「注意喚起」に役立つことに止まらず、表現の自由をめぐる日本の判例法理の枠組自体に疑問を投げかけるアプローチなのである。

## (2) 公共空間における相互関係

マス・メディアによる名誉毀損を考える場合、メディアが作り出し、言説が交換される公共的な社会空間「公共圏」<sup>(148)</sup>において、メディアと表現客体との「相互関係」が問題となりうる。こうした公共空間において、メディアの特定人（メディアが採り上げるに値するという意味で、何らかの社会的に重要な地位や役割を一時的にせよ担う個人のはずである）に対する批判的な記事は、爾後の論争を喚起する、いわば「第一発声」としての性格を有するといふべきであり、そこでまず、メディアの「第一発声」と批判される人の「第二発声」をどう捉えるか。批判される人が私人の場合、言論には言論で反論せよという「対抗言論」の発想は妥当しがたいが、批判される人が政治家なら、まさに「対抗言論」が求められる。<sup>(149)</sup>にもかかわらず、反論せずに裁判所の介入を期待すると、コミュニケーション・プロセスの破壊をもたらしかねない。政治家には、裁判的救済のみならず反論の機会・場が提供されうるのであり、メディアと「公人」の関係では、単なる表現内容だけでなく、こうしたコミュニケーション・プロセスにも目を向ける必要がある。

また、マス・メディアは何をするべきなのか、あるいは何をすべきでないのかも問題となる。前にも検討したように、国政の判断材料を入手し、主権者たる国民に伝達するのはメディアの役割である。その際、一般私人と「公人」を分けて考える必要がある。私人は、犯罪に関与した場合など正当な公的関心の対象となった時に初めて報道対象となる。これに対し、政治的権力に関与する公人は、国民のチェックという観点から、職務に関する行為については批判されても受忍しなければならない。公人が対象となる名誉毀損的表現は、国民の知る権利にも関わる重大な問題なのである。<sup>(150)</sup>特に、公選の公職者たる政治家は、公職にふさわしいか全人格的なチェックを受けるべきであるから、職務に関連する行為のみならず、私的行為についても批判を甘受しなければならない。

（3）公人／私人の区別

では、現実的悪意の法理において、なぜ「公人」と「私人」を区別し、この法理を「公人」にのみ適用すべきとするのだろうか。別稿で検討したように、アメリカでは、この法理が適用される公人と、適用されない私人は、主に「メディアへのアクセス（access to the media）」「危険の引き受け（assumption of risk）」の有無で区別される。<sup>(153)</sup>

まず、「メディアへのアクセス」とは、名誉を毀損された場合、効果的にマス・メディアを通じて自力救済することという。公人には反論能力があり、政治家に典型例が見られるように、事実が虚偽ならば、反論の記者会見を開くことができる。会見は、ニュースとして報道され、告訴や提訴の段階でも重ねて報じられる。政治家などは、自分で手間暇かけて、虚偽の事実を摘出した者の民事責任を追及するのが本筋とも考えられる。<sup>(154)</sup>確かに、メディアの社会的影響力が強大化している今日、反論能力があるとされた公人も、強大なメディアには自力で太刀打ちできない状況にある、という見方も成り立ちうる。<sup>(155)</sup>しかし、公人は、メディアを通じて自己の言い分を社会に発する反論能力が私人と比べ格段に高いことは明らかだろう。法的救済策はなくとも、記者会見などで事実上の救済を自ら行えるから、虚偽の事実が「情報の市場」に混入されたままになるわけではない。このように、虚偽の言説に反論・訂正しうる可能性が私人よりも大きい人は、「メディアへのアクセス」という要件を充たす。

次に、「危険の引き受け」とは、名声を得たことで公的な監視を受け、名誉毀損の言説にさらされることを引き受けることをいう。公人は、公益に関する職務に従事している限り、一種の「危険負担」<sup>(156)</sup>、すなわち事実に基づく一定の批判を受けることを甘受しなければならない。公職者の名誉を表現の自由との関係で多少とも犠牲にできるのは、公益に関する表現の自由の重要性に基礎づけられる。公職者以外の公的人物についても、その人を公的たらしめる何らかの「専門性」故に、その信頼性についてメディアのチェックを受けざるを得ない。その人が信頼するに足る



かどうかを市民に代わってチェックし、もし虚像があればそれを剥ぐのがメディアの役割と言えるからである。<sup>(157)</sup> 情報の受け手は、専門内容については分からないが、信用できるかどうかは判断しうる。メディアにアクセスすることができ、公衆による評価の前に身を投じた公人の場合、批判にさらされる途を自ら選択したものと見えるし、法的救済を事前に放棄したとも解しうるから、名誉毀損には基本的に表現で対抗すべきなのである。<sup>(158)</sup> 自発的に公的人物の地位に達した人は、社会の出来事で特に顕著な役割を引き受けたとみられることから、「危険の引き受け」という要件を充たすと考えられる。

このようにして「公人」と認定された者は、公共空間においてメディアへのアクセスを有し、危険を引き受けるなど、私人とは異なった社会的地位・役割を持っているうえ、国民の知る権利との関係からも、対象の地位が公的であればあるほど、名誉保護の要請よりも表現の自由保障の要請が優越すると言えるから、「公人」であるかどうかに焦点を当て、「公人」については、私人とは異なる名誉毀損の法処理がなされ、その名誉権を私人よりも特に制約することができると思われる。<sup>(159)</sup>

最高裁判決においても、公人と私人を区別する考え方は繰り返し示されている。例えば、『石に泳ぐ魚』事件判決<sup>(160)</sup>では、「公的立場にない」原告が名誉などの侵害によって「重大で回復困難な損害を被らせるおそれがある」として、私人が公人よりも強い保護を受けうることを示唆した。また、ノンフィクション『逆転』事件判決<sup>(161)</sup>は、前科などに関わる事実の公表について検討する際、選挙で選ばれる公職者やその候補者を「社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物」と述べ、公人は私人と比べて前科などの公表を受忍すべき場合が多いことを示唆したと解しうる。『月刊ペン』事件判決<sup>(162)</sup>では、私人であっても公的人物であれば、保護される名誉権の範囲は公職者と同様に狭まることが明らかにされた。<sup>(163)</sup> このように最高裁判決の枠組を前提としても、公人の名誉権を私人よりも特に

制約することについて許容しうると考えられる。

## 2 公人類型の再構成

現実的悪意の法理を導入した場合、「公人」の名誉権は事実上、大幅に制約される可能性がある。はたして、この法理を全ての「公人」に適用すべきなのか、適用範囲に絞りをかける必要はないのだろうか。

公人とは、「公職者」及び「公的人物」をさすものと解されている。まず、「公職者」について、アメリカ連邦最高法院の判例では「政府の事務行為について掌握、もしくは実質的責任を持っている、または公衆には持っているように見える上級政府職員に属する者」と定義されている。<sup>(16)</sup> プライバシーに関する概念の定義ではあるが、「日本語に意識するならば、公『権力』担当者ということになる」とする学説によれば、権力性、つまり政府の事務について大きな裁量権を持っているか否かが基準となる。すなわち、大きな裁量権を持っている公務員は、その職権の行使が国民の権利・義務に直結するから、当然に社会の関心事とされる。それゆえ公職者とは、広く公務員一般と解するべきではなく、マス・メディアに対する表現の自由保障が、政治的意思形成を図るため国民の知る権利への奉仕に由来することに鑑みると、「国家意思形成に関与しているか否か」という基準を設定し、明らかに関与している政治家や、行政について一定の権限を持つ中央省庁課長以上の上級公務員などに限るべきであろう。

次に「公的人物」について下級審では、私人でも特別な公共的立場を考慮すれば、「常に広く社会から全人格にわたり厳しい批判、報道にさらされることを当然に甘受しなければならない立場」に対する「批判、報道の違法評価は一般の個人に対する場合とは明白に異なる」と判断されている。<sup>(16)</sup> 社会的地位、公人性の程度に言及し、「公人的存在若しくはそれに準ずる者については、純然たる私人の場合よりも免責の範囲が広いため名誉毀損が成立する場合が限定される」とする判決<sup>(16)</sup>、あるいは「業績、名声、生活方法等により公的存在となった者、又は公衆がその行為

や性格に対して関心を持つであろう職業を選択することにより公的存在となった者」と述べる判決もある。<sup>(107)</sup>

松井茂記教授は、現実的悪意の法理の適用対象について、公職者のほか、公的論争に自ら身を投じメディアにアクセスする手段を有する公的人物に限定するべきである、と説く。公的人物の定義については、アメリカでの類型を示し、公人の根拠がメディアへのアクセスと自ら公衆の評価の前に身を置いたことであるなら、「全面的公的人物」に加え、「限定的公的人物」のうち「自発的公的人物 (voluntary public figure)」が公人として扱われるべきであり、「非自発的公的人物 (involuntary public figure)」は公人として扱う根拠に欠けると指摘する。いわゆる有名人や芸能人などは、公人としての公的人物に該当することが多いと付言している。<sup>(108)</sup> この類型は、アメリカ連邦最高裁判決に沿ったもので、「全面的公的人物」は、社会の出来事に顕著な役割を果たし、全ての観点から public figure と目される人物をさし、「自発的公的人物」は、特定の論争に自発的に参加し限られた問題についての public figure と目される人物をいい、「非自発的公的人物」は、意図することなく公的論点に巻き込まれた人物のことをいう。<sup>(109)</sup>

しかしながら、「自発的公的人物」全てを公人として扱うべきであるとする見解は、原告側に負担の大きい現実的悪意の法理の適用範囲としては広すぎる嫌いがある。そこで、公共の利害に関わる人たちのうち、公職者をはじめ、社会の欲求を国家に直接媒介するという政治的な役割を担う人々を「絶対的公人」と、これに対し、その専門性を通じて一定程度、社会に影響を与える役割を担う人々を「相対的公人」と呼ぶこととする。表現の自由が政治参加に不可欠な権利であることを考慮して、「国家意思形成」すなわち国家の政策決定過程に自ら関与する「絶対的公人」<sup>(110)</sup>と、関与しない「相対的公人」を区別することとし、「絶対的公人」のみを現実的悪意の法理の適用対象とすべきであると考ええる。「絶対的公人」は、直接議会や行政機関を通じて、あるいは審議会やマス・メディアなどを通じて積極的に政治に関わり、国家の政策決定過程に影響を与えているからである。

具体的には、公職者をはじめ、政治に対して影響を与えるべく積極的に発言する財界団体幹部、審議会の委員を務める文化人、経済人、ジャーナリスト、あるいは政党を支持・推薦したり政党に多額の献金をしたりしている企業、団体幹部などは、「絶対的公人」に該当する。これに対し、芸能人やスポーツ選手、単なる有名人など「相対的公人」は、国家意思形成に対して直接関与していないから、現実的悪意の法理の適用外とすべきである。

### 3 現実的悪意の法理の適用範囲

#### （１）報道対象と報道内容による限定

前節で現実的悪意の法理の対象を「絶対的公人」に限定することを検討したが、絶対的公人に関する全ての事実について、この法理を適用すべきなのであるか。公人といっても、その人物が関わる全ての事項に関して、この法理が適用されると解するのは過重な負担になると思われ、人間の生活次元における「公私の多元性に配慮」し、公人たる所以となる職務との関連性を考慮に入れる必要があるから、誰のことを伝えるかという「報道対象」と、どんなことを伝えるかという「報道内容」を区別し、その二つの相関関係で判断すべきである。<sup>(10)</sup>

この点、言論はその内容によって公的な言論である公的事実と、私的な言論である私的事実に分けられる。<sup>(11)</sup> 公的事実は全て、国民が正当な関心をもってしかるべき対象事、すなわち公的関心事に当たるから、現実的悪意の法理の適用対象となる。これに対し、私的事実は原則として、国民が正当な関心をもってしかるべきとは言えない対象事、すなわち私的関心事に該当するから、この法理の適用対象外となる。ただし、「絶対的公人」の私的事実については原則、私的関心事に該当するが、職務に関連する事項などは例外的に、公的関心事としてこの法理の適用対象になりうる。例えば、公務員が誰と住むかは本来、私的事実であるが、その職務にある故に公金で建設・維持される官舎に入居し、家族以外の者と無届で同居している場合などが挙げられる。さらに、絶対的公人でも特に「政治

家」の私的事実については、それ以外の者と規範的に異なる扱いをするべきであり、有権者は政策だけではなく全人格を含めて一票を投じるから、異性関係や性の問題など純粋な私的事実も、公的関心事として、この法理の対象とする必要がある。たとえ他人に知られたくない私的事実であっても、単なる私的関心事とは言えず、公職者としての適格性を判断するうえで国民が正当な関心をもってしかるべき対象事として公的関心事になりうるのである。

このように現実的悪意の法理の適用対象を公人の一部に限定した場合において、民事上の名誉毀損に関する損害賠償請求訴訟の運用をまとめると次のようになる。

まず、争点整理手続の段階で裁判所は、公共性の要件について原告が公人であるか私人であるかを判断する。公人であるならば、国家の政策決定過程に自ら関与する絶対的公人、国家の政策決定過程に自ら関与しない相対的公人のいずれであるかを認定する。相対的公人及び私人の公的関心事にあたる公的事実については現実的悪意の法理は該当せず、相当性理論で処理される。これに対し、絶対的公人は、公的関心事、すなわち報道内容が職務関連事項である場合、この法理が該当し、公的関心事といえない私的事実については従来の相当性理論の枠組で処理される。絶対的公人のうち特に政治家は、公的事実・私的事実を問わず公的関心事と言いうるから、現実的悪意の法理が該当する。絶対的公人に関する事実のうち、この法理が該当するものについては、公益性の要件に代えて被告の現実的悪意の有無が判断される。その立証責任は、原告の公人側にある。現実的悪意を立証できた場合、被告に虚偽性の認識及び虚偽の公表についての「故意又は重過失」があることになるため、真实性の判断はなされず、原告が勝訴する。但し、この場合も、原告の公人が現実的悪意を立証できないときには、前述の理由により真实性の審理はなされず、被告が勝訴する。とは言え、アメリカの判例で示されている通り、マス・メディアの現実的悪意を証明することは相当困難であるから、原告勝訴の事例は余りないと思われる。

（２）裁判例による検証

以下では、私見によって公的事項に関する表現の自由が強く保護されることを実際の裁判例で検証してみる。

例えば、森喜朗元首相対雑誌『噂の真相』事件<sup>(14)</sup>では、問題となった事実のうち、学生時代に売春防止法違反容疑で検挙された前歴があるという事実については、警視庁への調査囑託に原告側が強く反対し、本人の陳述書を含め証拠を一切提出しなかったことから、裁判所は「真实性に関する立証責任は被告らにあるというべきものの、原告の本件前歴の有無については原告自身が最も詳細に事実を語り得る立場にあ」り、真实性を立証できなかった不利益を被告に課すのは「訴訟上の信義則に照らして相当でない」とし、また、独占禁止法違反の業者から献金を受領していた事実については真実であるとして、原告の請求は「理由がない」と判示した。しかし、女性関係の醜聞や飲食店での行状など、他の事実については真実性・相当性とも否定し、名誉毀損が成立すると判断した。

原告は公職者である。前歴については公的事実であり、判決でも「内閣総理大臣の地位に鑑みれば……その地位の適性を判断するのに無関係な事項とは言えず、国民の正当な関心の対象となりうる事柄というべき」と述べているように、明らかに公的関心事と言える。独禁法違反業者の献金も政治家のカネに関する公的事実であり、公的関心事と言える。これに対し、女性関係の醜聞や飲食店での行状は、一般市民ならば私的事実に該当しそうであるが、政治家の場合、たとえ私的事実でも、公的関心事となりうる。結局、全事実が公的関心事に該当するから、原告は雑誌側の現実的悪意を立証する必要がある。本件訴訟では、大半の事実について名誉毀損が認定されたが、元首相の行為は公私にわたって公的関心事と言えるから、私見によれば、元首相が雑誌側の現実的悪意を立証できない限り原告が敗訴することになる。元首相側は、調査囑託を回避しようとする姿勢を見せるなどしており、現実的悪意の立証もできなかったであろうから、原告敗訴の結果になったと考えられる。

次に、中村正三郎元法相対共同通信社事件<sup>(17)</sup>では、現職の法務大臣が自己の利害が絡む特定の刑事事件について、積極的な捜査・処分を法務省刑事局に指示したなどとする記事を配信した通信社に対して損害賠償を求めた訴訟で、裁判所は法廷提出分だけで八五頁に及ぶ詳細な取材メモの信用性などを基に被告の相当性を認め、原告の請求を棄却した。結果的に通信社が勝訴したが、相当性が認められるかどうかは判決まで予測できず、公人を巡る同種の問題を報道する際に萎縮効果をもたらすことは否定できない。これに対し私見によれば、この記事の内容は、明らかに公職者に関する公的関心事と言えるから、原告は通信社に現実的悪意があったことを立証しなければならないが、本件の取材過程を見る限り、現実的悪意について原告が証明することは相当困難であると考えられる。このため、当該通信社は名誉毀損として提訴されたとしても原告敗訴となることについて報道前に予測がいたと思われる。

最後に、安部英・元帝京大学副学長対櫻井よしこ事件<sup>(18)</sup>を検討する。安部元副学長は、薬害エイズ事件に関する雑誌記事と単行本で名誉を毀損されたとして損害賠償を求めて提訴した。一番は被告の相当性を認め、元副学長の請求を棄却したが、控訴審は一転して相当性を否定し、四百万円の賠償を命じた。最高裁は、被告が摘示した事実を「真実と信ずるについて相当の理由がある」として名誉毀損を認めず、被告の逆転勝訴が確定した。判決の基礎となる認定事実はほぼ同様であっても、事実の評価は裁判官によって全く異なりうるから、訴訟の最大の焦点である相当性の有無をめぐり審級によって二転三転する結果となった。私見によれば、元副学長は血液学を専門とする医学者で、厚生省のエイズ対策を検討する研究班長であったことから、国家の政策決定過程に関与する「絶対的公人」と認定できる。元副学長が製剤メーカー各社から寄付を受けていたため加熱製剤の承認に取り残されるメーカーが出ないように治験を遅らせた、と被告が指摘した事実は明らかに公的関心事と言え、原告は雑誌側に現実的悪意があったことを立証しなければならない。本件認定事実を見ると、現実的悪意について原告は証明できない可能性が

大きく、私見によれば、被告が提訴される可能性は低かったのではないかと考えられる。

以上のように、本稿で提案した枠組を適用すれば、立証責任の転換をはじめ、訴訟の結論についての予測可能性、マス・メディアに対する萎縮効果の抑制などが図られ、公人報道がより活性化されよう。

## 五 おわりに

本稿では、名誉毀損の表現に対する制約は、できる限り明確化を図り、しかも表現対象を公人と私人に区別して類型化するべきであるという問題意識から、公人類型を再構成したうえで、その一部に、相当性理論以上に表現の自由に配慮した定義づけの衡量である現実的悪意の法理を適用すべきであるとの結論を導いた。公人がメディアの現実的悪意を立証することができた場合にのみ勝訴するという枠組である。公人の人的範囲については、表現の自由が政治参加に不可欠な権利であることから、国家の政策決定過程に自ら関与する「絶対的公人」に限定するべきであると考えた。さらに、この法理の適用にあたっては、どういう性質の公人かという「報道対象」と、その公人についてどんなことを伝えるかという「報道内容」の相関関係で判断し、政治家については、純粋な私的事項を含め全て対象とする一方、それ以外の絶対的公人については、私的事項は原則として適用対象外にすべきであるとした。しかしながら、表現の自由に対する現在の裁判官の意識、それに基づく判例の動向からは、この法理の速やかな導入は現実的には困難であると思われる。かりに、この法理が判例によって採用された場合には、その立証責任の重さとバランスをとるために、名誉毀損の被害を埋め合わせるに足りる程度の損害賠償の高額化が検討課題となってくるであろうが、交通事故訴訟で被害を点数化しているように、公人・有名人ほど高額化したり、アメリカの懲罰的損害賠償<sup>(18)</sup>のような仕組みで認められるべきであるとは思われない。損害賠償のほかに、謝罪広告や反論権、



差止め請求など、被害者をどのような方策で救済するかという課題も残っている。また、警察発表に依存した取材方法や耳目を集める事件・事故についての集中豪雨的な報道など、権利侵害の背景にある問題点を、さらに深く分析することも必要であろう。これらについての検討は今後の課題として本稿を閉じることにしたい。

(87) 梓澤ほか・前掲注(47)三七頁〔右崎発言〕。

(88) 「範疇的衡量 (categorical balancing)」も同旨。松井茂記『日本国憲法(第三版)』一一八頁(有斐閣、二〇〇七)、市川正人『表現の自由の法理』九七頁(日本評論社、二〇〇三)は定義的衡量、佐藤・前掲注(84)五二四頁は範疇化テスト、榎原猛『表現権理論の新展開』一一頁(法律文化社、一九八二)は限界画定衡量テストと呼ぶ。

(89) 芦部・前掲注(14)四〇二、四一〇頁。長谷部恭男『憲法(第三版)』二二一頁(新世社、二〇〇四)も定義づけ衡量と呼ぶ。表現の自由の制約正当化に関する判例理論については、松本和彦「人権制約の正当化と判例理論——表現の自由に関する最高裁判例を素材にして」榎原猛先生古稀記念『現代国家の制度と人権』二七九頁(法律文化社、一九九七)参照。

(90) 芦部・前掲注(14)四一〇——一一頁。佐藤・前掲注(84)五二四頁は、表現の自由制約の実体的な合憲性判定基準のうち、利益衡量は何らかの基軸のない「衡量」が場当りのとならないかなどの問題点が指摘できるのに対し、範疇化テストは、個別的文脈の如何を問わず一定の範疇に属する表現を絶対的に保護するもので、「明白かつ現在の危険」のテストが判定者の主観に流されやすいところを克服し、法律の合憲性の判定基準として有効であることを企図する、と指摘している。

(91) 榎原・前掲注(88)七二—七四頁参照。

(92) 最小決昭和五三年五月三一日刑集三三卷三号四五七頁。岡田信弘「判批」メディア判例百選一二頁参照。

(93) 榎原・前掲注(88)七三頁。

(94) 最大判昭和二九年一月二四日刑集八卷一一号一八六六頁。集団行動の規制基準として三つの原則を示し、規制しうる集団行動の種類、規制方法に相当明確な枠をはめた。榎原・前掲注(88)七三—七四頁。

(95) 最大判昭和三年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁。阪口正二郎「判批」メディア判例百選一二二頁参照。

(96) 榎原・前掲注(88)七四頁。

- (97) 最一小判昭和五五年一月二八日刑集三四卷六号四三三頁。愛敬浩一「判批」メディア判例百選一一六頁参照。
- (98) 東京高判昭和五四年三月二〇日高刑集三三卷一号七一頁。
- (99) 芦部・前掲注(14)三三二、三三六頁。
- (100) 最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁。
- (101) 芦部・前掲注(14)三五―一五三頁。
- (102) 松井・前掲注(9)「名誉毀損(一)」三二頁参照。
- (103) 喜田村・前掲注(62)一八一―二〇三頁。竹田・前掲注(39)二二五頁は、名誉毀損・プライバシー侵害の差止請求権の成立要件として現実的悪意を主張する。渡邊眞次・真田範行「名誉毀損訴訟における慰謝料額の高額化の提案について——弁護士立場からの考察」法時七四卷一二号六六頁(二〇〇二)は、日本でも相当性の判断枠組から、現実的悪意の法理を實質的に実現することは可能である、とする。
- (104) この二つの類型の意味については、後述の「四 公人とマス・メディア」の「2 公人類型の再構成」で説明する。
- (105) 前田・前掲注(30)「相当性理論(一・完)」一三九頁。
- (106) 376 U.S. at 269-83, 292.
- (107) 学説でも、奥平・前掲注(9)一三七頁は、刑法二三〇条の二三要件のうち、事実の公共性と目的の公益性を合体させて、「公共性のつよい情報(＝公共情報)がからんでいる場合」と理解してよい、と説明する。しかし、事実の公共性の要件を充たす場合とは、「強い公共性」を有する事項だけではなく、それほど強く保護されるべきとはいえない程度の公共性を有する事項の場合もあり、この見解がこの点について、どのように考えているか必ずしも明らかではない。
- (108) 最一小判昭和五六年四月一六日刑集三五卷三三号八四頁。
- (109) 最一小判昭和六二年四月二四日民集四一卷三三九四九〇頁。
- (110) 最一小判昭和四一年六月二三日民集二〇卷五号一一一八頁。
- (111) 最大判昭和六二年六月一日民集四〇卷四号八七二頁。
- (112) 五十嵐・前掲注(4)二二八頁。
- (113) 渋谷秀樹「判批」メディア判例百選七一頁では、表現媒体を容易に用いることのできる公選の公務員を「強い公務員」、

そうではない者を「弱い公務員」と説明している。

(114) 「公正な論評」の要件である公共性についてではあるが、奥平・前掲注(9)一七七頁は、教育公務員の教育活動に関する「公共性」と、英和辞典の内容や犯罪被疑者の読書傾向に関する情報の「公共性」とは性質がかなり違い、後者は「公共の関心事」「公衆の好奇心」に限りなく近くなる、と指摘している。

(115) 最一小判昭和五十六年四月一六日刑集三五卷三三八四頁。

(116) 浜田純一『情報法』七二頁(有斐閣、一九九三)。

(117) 山田八千子「判批」メディア判例百選四三頁。

(118) 東京地判平成二年一月三〇日判タ七三〇号一四〇頁。

(119) 山田・前掲注(117)四三頁は、この点が「従来の裁判例には見られなかった」と指摘している。

(120) 例えば、東京高判平成二年九月二七日判時一三五九号三八頁、東京高判平成六年九月二二日高民集四七卷三号一八七頁、横浜地判平成一三年一〇月一一日判タ一〇九号一八六頁、東京高判平成一四年二月二〇日判時一七八二号四五頁、最一小判平成一五年一〇月一六日民集五七卷九号一〇七五頁など。このほか、山田・前掲注(117)四三頁参照。

(121) 浜辺・前掲注(13)一三〇頁。

(122) 最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁・谷口正孝意見。

(123) 公共性の立証責任は原告にある、すなわち原告が公人ではないと主張・立証し、その上で裁判所が判断すると考える。

(124) 浜田・前掲注(116)七二―七三頁。

(125) 国会議員の議院における発言が違法となるかどうかという論点についてはあるが、最一小判平成九年九月九日民集五一巻八号三八五〇頁は、「当該国会議員が、その職務とはかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、……特別の事情があることを必要とする」と現実的悪意の法理に近いルールを判示し、注目された。五十嵐・前掲注(4)一二三〇頁。

(126) 平川・前掲注(15)一〇四―〇五頁。

(127) 松井・前掲注(1)四七、七二頁。

(128) 松井・前掲注(31)一一一頁。

- (129) 意見による名誉毀損についても、法文上は真実証明による免責はないにもかかわらず、最小小判平成元年二月二一日民集四三卷一二号二二五二頁は、アメリカの「公正な論評 (fair comment)」の法理を採り入れ、一定の要件を充たす場合、その前提事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く、とした。松井茂記「意見による名誉毀損と表現の自由」民商一一三卷三号四頁（一九九五）参照。
- (130) 江橋崇ほか「法と新聞の現在」日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』二九四頁（山川発行）。
- (131) 日本新聞協会研究所編・前掲注（8）九〇頁。
- (132) 飯室・前掲注（46）一四〇頁。
- (133) 「取材源の秘匿」がどこまで認められるかも、マス・メディアの表現の自由にとって言うまでもなく決定的に重要である。この点、民事事件ではあるものの、二〇〇六年一月三日の最高裁決定が、広く認めたことが注目される。鈴木秀美「判批」憲法判例百選Ⅰ（第五版）一五六頁参照。名誉毀損法理との関係では、取材源秘匿が違法視されないだけでなく、さらに取材源秘匿のままで真実性・相当性が認められる（あるいは立証責任が転換される）方向に向かう必要がある。
- (134) 広田健一「最低限の『裏付け取材』を怠る一部週刊誌の実態」潮二〇〇六年一月号三四二頁。
- (135) 堀部政男「マスコミと人権」ジュリ四四九号五六―五八頁（一九七〇）。
- (136) 飯室・前掲注（46）一二〇頁。
- (137) 最大判昭和三年七月四日民集一〇卷七号七八五頁。蟻川恒正「判批」メディア判例百選一四二頁参照。
- (138) 佐藤・前掲注（51）五〇七―〇九頁。
- (139) 平川宗信「名誉毀損罪と表現の自由」ジュリ六五三三三五頁（一九七七）、平川・前掲注（15）八六頁。
- (140) 佐藤・前掲注（84）四五二頁。
- (141) 尾吹・前掲注（21）二二頁参照。
- (142) 東京地判昭和五年七月一三日下民集一卷七号一〇八八頁は、報道機関が被疑事件に関連して犯罪の動機、容疑者の経歴、性格、家庭の状況などを報じる場合、「新聞紙の社会的報道機関としての正当業務の行為に属する」と評価する。大判昭和十三年二月一五日刑集一七卷二三号九二七頁は、新聞による名誉毀損について刑法三五条の正当行為を援用して免責した。正当行為について、尾吹善人「判批」マスコミ判例百選一八頁参照。

- (143) 大塚仁『刑法概説(各論)〔増補・二版〕』一一九頁(有斐閣、一九八〇)。
- (144) 最大判昭和六二年六月一日民集四〇巻四号八七二頁。
- (145) 駒村・前掲注(7)一七六頁。
- (146) 山川洋一郎「表現の自由と名誉毀損——公共の関心事をめぐる問題」清水英夫教授還暦記念『法とジャーナリズム』三三三頁(日本評論社、一九八三)。
- (147) 佃・前掲注(13)二二六—二七頁。
- (148) 花田達朗『メディアと公共圏のポリティクス』(東京大学出版会、一九九九)、本秀紀『市民的公共圏』と憲法学・序説」法時七三巻一号六二頁(二〇〇一)など参照。棟居快行「プロセス・アプローチ再訪」高田敏先生古稀記念『法治国家の展開と現代的構成』四、一二頁(法律文化社、二〇〇七)では、「国家と社会の二元論」が説く国家—国民という関係すなわち「公共空間」と、社会—個人という関係、すなわち「私的空間」にあって、「人格権的権利として分類される名誉権については、……『公共空間』における『公民』に付随した権利であるように思われる」と指摘する。
- (149) 松井・前掲注(1)一〇二、一〇六頁。
- (150) 芦部・前掲注(83)『憲法』一七八頁。
- (151) 長谷部・前掲注(89)二六四頁では、公人にはマスコミなどを通じて反論する機会が十分であるであろうから、一般市民と区別することには一応の理由があるかに見えるとしながらも、現実的悪意の法理は、表現の自由を広範に保護する一方で、名誉を尊重する人々を政治の世界から排除する効果をも持つであろうし、日本における名誉毀損訴訟での損害賠償額の水準はアメリカに比べて相当低いため萎縮効果もさほどではなく、それだけ同法理によって損害賠償請求を限定する必要性も低いはずである、と主張する。しかし、名誉を尊重する人々が同法理の制約を自ら受忍したうえで政界入りする可能性もあり、日本における損害賠償額は高額化の傾向にあることから、少なくとも近時においては、これらの指摘は必ずしも射ているとは言えない。
- (152) 山田・前掲注(9)二二四頁、山田・前掲注(10)一九〇頁。
- (153) RODNEY A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION 2-24 (2nd ed. 2002).
- (154) 山元・前掲注(16)一四頁。民事・刑事二本立て責任追及の問題点については、奥平・前掲注(9)二四—四二頁。

- (155) 清水・前掲注(10)一八二頁。
- (156) 奥平・前掲注(86)二七九頁。
- (157) 棟居・前掲注(148)一七頁では、政治家などの公人の場合、「公共空間」のアクターであるのに、そこでの振る舞いによって特定の個性（擬似人格）を帯び、その結果、十分な言論を尽くしていないのに無批判的な支持を得ることがあるが、こうした支持は本来対等のアクター間の徹底した討議という観点からは夾雑物というべきであるから、「それを破壊する名誉毀損表現は、真実性・相当性がある限りにおいては、むしろ『公共空間』の維持にとって好ましい」と分析する。
- (158) 松井・前掲注(31)一一〇頁。
- (159) 阪本昌成『憲法<sup>2</sup> 基本権クラシック(第二版)』一二六頁（有信堂高文社、二〇〇二）参照。坪井明典「報道の自由と名誉保護との調和——相当性の法理の再考を」自由と正義二〇〇五年九月号一三八頁以下では、私人報道には無過失責任を、私人報道では相当性理論を緩和して事実上、現実的悪意の法理に近いレベルを、と主張している。
- (160) 最三小判平成一四年九月二四日判時一八〇二号六〇頁。曾我部真裕「判批」憲法判例百選Ⅰ(第五版)一四〇頁、棟居快行「判批」メディア判例百選一五〇頁参照。
- (161) 最三小判平成六年二月八日民集四八巻二号一四九頁。田島泰彦「判批」憲法判例百選Ⅰ(第五版)一三八頁、大石泰彦「判批」メディア判例百選九二頁参照。
- (162) 芦部・前掲注(14)三五五頁。
- (163) Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75, 85 (1966)。
- (164) 小林節「有名人のプライバシーと報道の自由」新聞研究四三三三二四頁（一九八七）。
- (165) 東京地判平成八年一二月二〇日判時一六一九号一〇四頁。
- (166) 東京地判昭和六三年七月二五日判時二九三号一〇五頁。
- (167) 東京地判平成五年五月二五日判タ八二七号二二七頁。
- (168) 松井・前掲注(9)「名誉毀損(四・完)五九一六〇頁、松井・前掲注(31)一一二頁。駒村・前掲注(7)二〇五—六頁は、公職者に限定して真実性・相当性の立証責任を原告に転換すること、または公的人物を含め公人全体に現実的悪意の法理を導入し、「危険負担」と「反論能力」の二つで絞りをかけることを提案する。

(169) 松井・前掲注(9)「名誉毀損(四・完)」五三一五四頁、山田・前掲注(9)二一九―二四頁。

(170) ドイツの「造形美術及び写真による著作物の著作権に関する法律」では、ある人の肖像を同意なく流布・公表することとは許されないが、「現代史の領域からの肖像」を例外としている。通説は、描写対象が現代史の人物である場合に、それが「現代史の領域からの肖像」になると解しており、現代史の「人物」は、絶対的人物と相対的人物に区別されると解されてきた。前者は、政治家や有名な俳優など特定の出来事とは無関係に常に世間の注目を浴びている人物をいい、後者は、ある特定の出来事との関係で匿名性を失った人物をいう。鈴木秀美「有名人のプライバシーと写真報道の自由・再考——欧州人権裁判所モナコ・カロリース王女事件判決のドイツに対する影響」法学研究七八巻五号二四六頁(二〇〇五)。

(171) 駒村・前掲注(7)一七九、二〇六頁。

(172) 佐藤・前掲注(84)五二七頁では、プライバシー侵害に関する検討であるが、統治に責任ある公務員か、公的存在か、純然たる私人かという被害者の性格、及び統治過程に直接関係する事項か、公の利益に関わる事項か、全くの私的事項かという公表事実の性質をも考慮しつつ、自由な情報流通を不当に阻害しないよう慎重な配慮が要請される、と指摘する。

(173) 佐藤・前掲注(84)五一八頁では、表現の類型論の典型は、公的言論の絶対性を説くところに特徴を持つが、私的言論との区別の困難さ、絶対性の貫徹の不可能性などが指摘されうる、としている。

(174) 東京地判平成一三年四月二四日判時一七六七号三二頁。松井茂記「判批」法時七四巻四号一〇一頁(二〇〇一)。

(175) 東京地判平成一五年八月一八日。本判決でも、現実的悪意の法理の主張は斥けている。

(176) 第一小判平成一七年六月一六日判時一九〇四号七四頁。

(177) 賠償額の高額化については東京地方裁判所損害訴訟研究会「マスメディアによる名誉毀損訴訟の研究と提言」ジュリ一二〇九号六三頁(二〇〇一)参照。

(178) 懲罰的損害賠償については、藤倉・前掲注(68)四七九頁参照。

(179) 山田健太『法とジャーナリズム』三三四―三八頁(学陽書房、二〇〇四)。